

# 有偿合同与无偿合同之区分存在的问题

蒋军洲

(厦门大学法学院, 福建厦门 361005)

**摘要:** 历史地看, 有偿合同与无偿合同的区分是以行为的目的来定义的, 如果是等价交换则是有偿的, 如果是出于慷慨则是无偿的, 此标准明显是客观价值论的产物。在该价值论被主观价值论替代后, 有偿合同不再要求等价交换, 但有偿与无偿的区分标准及此等区分的法律后果并未随之发生改变, 于是带来了有偿合同内部以及它与无偿合同之间在人性论假定上的矛盾。引入经济人类学的观点, 站在功利主义的立场上, 将无偿合同也定性为自利行为或许是解决前述问题的便利途径。

**关键词:** 有偿合同; 无偿合同; 价值论; 人性论; 公平价格理论; 非常损失规则

**中图分类号:** DF525      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1005-9512 (2007) 06-0091-07

## 一、研究现状之综述

在民事合同的分类中, 有偿与无偿的区分即使不是最重要的一种, 也很大程度上体现了大陆法系与英美法系合同法的不同。一般来讲, 英美法认为无偿的允诺不具强制执行力, 因为它没有约因。<sup>1</sup>大陆法系面对无偿的允诺则做出了一个与之相反的处理, 无偿的允诺并不会因其无偿而不具强制执行力, 在不强调原因理论的背景下, 无偿的允诺是否可以强制执行, 关键看该允诺是否体现了当事人的真实意愿。我国学术界对什么是有偿什么是无偿这样的基本问题尚无深入探讨。多数人将合同的有偿还是无偿取决于当事人取得权利有无代价(对价), 并基于此认为此二者的区分至少有如下意义: 确定对价关系, 有偿合同要求对价充分对应。但此等代价或对价是指何意, 何谓充分对应, 他们即使不是予以回避也至少是语焉不详。

张民安教授以英国法的立场解释了何谓对价的充分对应。他说, 在英国普通法上, 有偿合同属于简单合同, 无需正式的、严格的程序, 但往往要求当事人根据合同获得的利益与其所支付的对价在价值上对等, 在现代英美合同法中虽然对价无需与所获得的利益对等, 但对价仍然是有偿合同的必要条件。<sup>2</sup>从这一点, 我们似乎可以推论说, 英美法较早的时期所要求的对价的充分对应就是等价交换, 后期则转化为名义上的、非实质性的要求。不过需注意的是, 他使用的分析范畴是取得利益而非权利, 那么利益是一个什么样的概念? 是否必须是财产性的? 根据他的英美法论据, 可以毫无疑问地推知他的意思是指必须是财产性的利益, 这就将人际关系的考虑排除出了合同的客体的领域。

王利明与崔建远两教授对有偿合同是否需要一方付出的代价与对方支付的代价在经济上、

---

**作者简介:** 蒋军洲, 厦门大学法学院民商法专业博士生。

价值上是否完全相等进行了有益探讨。<sup>3</sup>他们认为,从各国立法和司法实践来看,对有偿合同的对价性,只强调履行与对待履行之间互为条件、互为牵连的关系,而不考虑在履行与对待履行之间具有何种性质的对价,尤其是不要求双方履行的义务在经济上互为等价,原则上,对价问题由当事人决定。他们还援引了苏俊雄教授的观点,强调一般来说当事人取得的财产权与其履行的财产义务之间在价值上大致相当即为“等价”。不过在谈无偿合同时,他们说无偿合同是等价有偿原则在适用中的例外现象,在实践中,其应用较少。我觉得这反映了作者的困惑,既然有偿合同不强调等价,那些不等价的有偿合同不也是等价有偿的例外吗?为什么特别强调无偿合同是等价原则的例外?而且等价、有偿两个词语连用不也暗含了二者的内在勾连吗?从上述学术观点,我们可以看出大家有这么一个基本一致的看法,即有偿合同的定义与代价或对价密切相关,但对对价的要求并非限制在“等价”上。果真如此吗?

我们来看一下几部民法典的规定。法国民法典第 1106 条规定了有偿合同,<sup>4</sup>它是指任何一方合同当事人都承担给付某种标的物或作出某种行为的债务的合同。这个定义无疑容易与双务合同相混淆,因此被学者诟病为不科学不准确。所以法国有学者认为,所谓有偿合同是指合同的一方当事人对对方承担给付标的的义务,以换取对方对自己承担给付某种标的的义务。因此,在法国所谓有偿合同实际上就是有对价的合同。但是,这里的对价如何理解呢?要求等价吗?我们知道,有偿合同还可区分为两种:实定合同与射幸合同,其中该法典的第 1104 条第 1 句规定了前者,指一方当事人承担的给付某种标的物的义务,或完成某种行为的义务大体相当于另一方当事人所提供的对价。据此,实定合同的最重要特征仿佛在于合同当事人彼此所为的给付具有相当性。张民安教授认为实际情况并非如此,而只要合同当事人的权利和义务是有偿的,该种合同原则上就是实定的,在陈述理由时,他援引了 Henr Roland 与 Laurent Boyer 的观点:根据前述规定,每一方当事人所为的给付被认为相当于另一方所为的给付,换句话说,只要当事人愿意接受其所为的给付的对等物,该合同即为实定合同。

然而,前引观点是在法国民法典颁布之后产生的,而法国民法典的债法部分受到了波蒂尔的巨大影响,他的观点应该会更大程度上贴近立法者的意愿。波蒂尔将合同区分为互惠合同、恩惠合同和混合合同。互惠合同是为了双方当事人的相互利益和效用的合同,可以再分为交换性的和射幸的,其中交换性的互惠合同要求等价交换。恩惠合同是一方当事人受益的合同,混合合同则是立足于互惠合同中交换性合同的等价交换的要求,被设定的具有如下特征。一方当事人让渡其利益,接受到较低价值的回报,如附负担的赠与。<sup>5</sup>由此,我们或许可以认为,在法国民法典颁布前的理论学说中,有偿合同的定义是与等价交换紧密相连的。不过,这种学说在制定法典时受到了冲击,这表现为对价不再是等价,因为该法典中只在少数情形规定了代表客观价值论的非常损失规则(lesion)。但无论如何,法国民法典中仍隐约保留了等价与有偿的关系,因为在非常损失的情形,如果等价达到一定程度,合同就可以撤销;而经撤销的合同一般自成立时即无效,该合同也就因此不再存在有偿或者无偿的判断了,从这个角度看,等价的才能是有偿的。

如果说法国民法典对实定合同的规定让我们难以抓住它的要旨,看看承袭了它的魁北克民法典无疑会给我们很大的启示。该法典第 1381 条第 1 款规定,如各方当事人以获得利益作为其履行义务的回报,合同为有偿的。第 1382 条第 1 款规定,如订立合同时,各方当事人的义务范围和取得的利益回报的范围为肯定和确定的,合同为实定的。<sup>6</sup>从这两条,我们看不到利益回报的任何“等价”要求。然而,该民法典第 1405 条规定了适用范围比法国民法典更为广泛的非常损失规则:在涉及未成年人和受保护性监管的成年人的情形,非常损失导致同意无效。这大大拓展了法国民法典规定的非常损失的适用情形。

再来看看德国法族的代表德国民法典。该法典并没有规定有偿合同与无偿合同的定义,从有关的教科书看,有偿合同也不必与等价交换相连,但根据该法典第138条第2款,“某人利用他人处于急迫情势、没有经验、缺乏判断力或意志显著薄弱,以法律行为使他人就某项给付而向自己或第三人约定或给予与该项给付明显不相当的财产利益的,该法律行为尤其无效。”<sup>7</sup>这无疑又让有偿合同与等价交换连在了一起。

## 二、历史地看有偿合同与无偿合同的区分

谈到有偿合同与等价交换的关系,实质上是在谈公平价格理论。而谈到公平价格理论,我们自然会想到罗马法上发布于公元285年的敕答C.4.44.2:“要是你或你的父亲以较低的价格出售一件价值较高的物品,下列作法是合乎情理的:或者你把钱退还给买方并在承审员的主持下收回售出的土地;或者在买方同意的情况下,支付你按实际价值计算少收的价款部分。这里所说的支付少收的、应当由买方补足的部分,是指所付款项不足应付款项一半的情况。”<sup>8</sup>此即著名的非常损失规则。从这个片段我们可以直接领悟到该规则适用于土地买卖,而且只限于土地买卖中买受人所付款项不足应付款一半的情形;如果已足一半甚至超过就不予适用。换句话说,公平价格理论也只是在严重不等的情形才适用,并不要求客观上必须一致,因为正如公元293年的新敕答C.4.44.8所强调的,“如果你设想一下买卖契约缔结的过程就不难发现:买方总是想以较低的价格买进,而卖方又总是想以较高的价格卖出。但在多次讨价、还价之后,双方终于接受了这一契约:卖方适当地降低了要价,买方也相应地提高了买价,并在某一价格上达成了一致。无疑,你会懂得,不仅是买卖契约所依据的善意不允许,而且也没有任何理由宣告一项无论是立即达成合意还是在经过一番讨价还价之后确定了价格并达成了合意的买卖契约无效。除非商定的价格尚不足订约时被出售物品实际价值的一半,而买方又不愿支付差价。”<sup>9</sup>事实上公元383年的C.4.44.15再次强调了这一点,“任何一个成年人以稍低于实际价值的价格出售土地,即使是远离其居住土地,也不得请求返还。”<sup>10</sup>该规则是不是仅适用于土地买卖呢?徐国栋教授认为,事实上,它只适用于土地买卖,而非适用于一切买卖,甚至排除了房屋买卖,只适用于卖方,而不适用于买方。这在文字敕答中是很清楚的。<sup>11</sup>

即使如此,学者们对该敕答仍存质疑,因为戴克里先帝(公元284—305年)之前的罗马法对买卖合同中的价金问题持自由放任态度,正如D.19.2.22.3中保罗(公元121—180年)所说,“就象在买卖契约中那样,允许以较低的价格购买价值较高的物品,而价值较低的物品又能以较高的价格出售,买卖双方以这种方式相互欺骗……”<sup>12</sup>在D.4.4.16.4中,年代较晚的乌尔比安在论述买卖合同的效力时援引了彭波尼的观点,“在确定价格时,当事人自然被允许相互利用。”而狄奥多西法典直截了当地拒绝任何以价格不充分准予合同撤销的学说。基于此,学者认为此等不合适的方式以及不调和的内容说明该片段是优士丁尼编纂者的工作。<sup>13</sup>如果该解释正确,很可能非常损失规则就是基督教的宽泛道德概念的产物。<sup>14</sup>如果该规则确实是戴克里先创立的,他为何规定该规则而从自由定价走向限价呢?徐国栋教授认为在这种条件下的价格敕令,只能看作是罗马由商品经济向自然经济、由自由经济向统制经济倒退的结果,目的是为了限制要素的自由流动,以满足自然经济和统制经济的要求。<sup>15</sup>事实上,即使非常损失规则不是戴氏所创而是优士丁尼的编纂者添加的,也不影响我们得出如下结论:优士丁尼将该规则收入了敕令汇编,从此,法学上即产生了“公平价格理论”。公平价格意指在某个时期内不受市场变动影响的价格,也就是与价值相符的价格。后期罗马法就建立在这种客观价值论的基础上。<sup>16</sup>

公平价格理论除了有如上的罗马法渊源,亚里士多德的学说也要受到应有重视。不过,在

亚氏理论被欧洲知道前,优士丁尼之后的12世纪注释法学家已将这一救济扩大适用于买受人以及类似合同的当事人,其后,罗马法上的如上文本已超越了土地买卖而成为一个对所有交换严重不平等提供救济的一般原则,这即是中世纪法学家所说的最低限价规则(Laesio Enormis)。<sup>17</sup>但他们将对不公平价格的救济与对欺诈的分析联系起来。他们首先区分了成因欺诈(让本来不会订立合同的当事人订立了合同)与附带欺诈(使当事人以比本来可以订立的条款更差的条款订立了合同),又将附带欺诈细分为故意的欺诈以及自然产生的欺诈(即一方当事人支付的过多或过少,尽管另一方当事人并没有有意做任何事情欺骗他);在前一种情形,受害人可以诉请返还他实际支付的价格与他本应支付的价格之间的差额,不管其差额多么微不足道,在后一种情形,如罗马法所说,仅仅在此等差额超过公平价格的一半时他才可以提起诉讼。该区分似乎是11世纪法学家瓦卡留斯(Vacarius)作出的,其后为阿佐和阿库修斯采纳。但这种解说并不是一个关于为何要给予不公平价格以救济的理论。<sup>18</sup>因为他们从来没有提过是不是在任何情况下价格如果过高或过低,受害当事人都可以提起诉讼,他们只不过是承袭了优士丁尼的规则,而将这种不公平归诸自然产生的欺诈。但这种学说似乎与后世法学将价格的不公平作为是否存在欺诈的证据有一定血缘联系。

注释法学家将对不公平价格的救济与欺诈联系起来,不是为了为此等救济的正当化寻求理论说明,而是陈述一种事实,使得亚氏学说最终被用来解释为何在价格不公平的情形法律提供救济。<sup>19</sup>亚氏认为,正义是分配性的或交换性的,在后者的情形,如果一个人取得或破坏了属于另一个人的份额,交换正义要求给付一相等的数额作为赔偿;如果两个人相交换,要求交换相同的价值。这样,涉及交换正义,不得损人利己即是其基本准则。而慷慨在亚氏看来是一种美德,慷慨的人将为了高贵的理由而赠与,且恰当地赠与;因为他将赠与给适当的人,适当的数额,在适当的时间,并伴随着适当赠与的所有其它条件。<sup>20</sup>阿奎那通过运用亚里士多德的思想将合同描述为这样两类行为:其一是交换正义的行为,该行为要求平等交换;其二是慷慨行为,通过该行为允诺人明智的处分其财产。<sup>21</sup>即是说,涉及交换正义的行为,要求平等交换;如果一方当事人未接受到等价物,而是意图使对方当事人得利,此项交易即是慷慨行为,慷慨意味着明智的金钱让与。

可以肯定的是,巴尔都斯直接利用了亚氏关于对等的思想。他解释说,前述罗马法文本尊奉“自然公平”的原则,该原则是不当得利救济建立的基础。不公平价格违反了“自然公平”。<sup>22</sup>而后后期经院主义法学家认为,罗马法之所以对不公平价格给予救济的原因是交换正义要求对等。至此,什么是无偿什么是有偿已经很明确了,即行为的有偿或无偿性质是以行为的目的来定义的,如果是等价交换则是有偿的,如果是出于慷慨则是无偿的。但必须承认的是,罗马法仅仅对超过公平价格一半的行为提供救济,此处的亚氏学说已经大大扩大了其范围,对于为何罗马法仅仅在特定情形提供救济,理论家做出的解释是:那是出于担心扰乱商业或鼓励诉讼的实际考虑。与此相似,托马斯解释说,罗马法之所以只矫正重大偏离,是因为人定法不能支配所有的德性行为。<sup>23</sup>简言之,罗马法上的规则是实用主义的。

现在,我们可以做个简短的小结。在罗马法上,曾有相当长的一段时间在交换领域实行的是主观价值论,所以合同有偿与无偿的区分,关键看给予一方的给付是否有所得,而他所得的客观价值之大小则似乎在所非问。非常损失规则确立后,合同有偿与无偿的区分已经与客观价值论紧密联系起来,虽然于此时没有要求等价交换,但如果价格达到了法定的严重不公,该交易就面临着被宣告无效的危险;而经过中世纪法学家将这种不公看作是自然的欺诈,使得等价交换的观念逐渐深入人心了,到亚里士多德的学说被广泛应用时,合同有偿与无偿的区分已经完全和是否等价交换联系起来。但这种宽泛的说法仍然存在如下问题:首先,在非常损失规则

确立前,即使实行的是主观价值论,我们仍可以想象,如果当事人之间就价格发生了争执,法律应该如何应对?是按欺诈,还是说在主观价值论下也有一个公平价格的问题?其二,在非常损失规则确立后直到客观价值论下的等价交换盛行,等价交换中的等价要求到何等程度?

已如前述,公平价格经过经院法学家的努力已经成了合同法中的一个核心概念,但我们仍不忽视非常损失规则的发展与中世纪的宗教观念的巨大关联。中世纪的思想家意欲让其假设的道德律令适用于所有的人类活动,而在经济方面,该体系的核心就是公平价格的观念。如果一个人强索受到禁止的超过公平价格的价值,他就会被认为是将上帝有意让人类公共使用的、货物公平价格之外的价值据为己有。<sup>24</sup>显然,公平价格观念部分反映了中世纪国家的社会和经济状况,于其时,社会主要是农业形态,并受制于数不清的交易规则,这就严重限制了价格的自由波动。在这样一个背景下,基督教伦理观念深入到了人们的日常生活。前文已述,在波伦亚大学开始研究罗马法之前,尽管罗马法上的敕答将非常损失限制在土地买卖,动产买卖仍被认为可以因遭非常损失而予撤销。同样,没过多久,救济权被赋予了支付的过多的买受人。尔后,救济扩展到了不仅包括买卖合同,还包括互易、租赁甚至和解和赠与。<sup>25</sup>这样的发展起初发生在学术领域,在注释法学家和后注释法学家的讨论中,但相似的思潮不久就出现在法院的决定和习惯法中。合同当事人试图通过正式的放弃条款、通过使用誓言、以及通过表示交换价值的价格差异代表了无条件的赠与,来规避非常损失规则的效力,但这些企图受到了法学者述家和法院的强力抵制,结果大部分被致使无效。<sup>26</sup>据此,我们可以明确地判断出前述等价交换所需的程度要求了,即在有“非常损失”的情形,交换才是可以撤销的。或者说,即使等价交换的观念借助基督教深入人心,所谓的等价交换的扩展也只是适用领域的扩展,并不是说要求交换的客观价值不得有任何偏离,而且这样一种规则随着社会经济的发展逐渐有了反动的潮流。

到16世纪时对非常损失规则的反动就出现了。在法国,法律理论和法院决定的发展趋势是将非常损失学说限制在罗马法上的敕答的限度之内。此时的法律理论虽深受活动于16世纪后半期的杜摩林(Dumoulin)的个人影响,前述潮流仍得到了蓬勃发展。除买卖外,其他交易形式接连退出了非常损失规则的领域。而救济被限于出卖人,货物买卖也逐渐从间接的价格规制系统中摆脱而重返自由竞争的王国。<sup>27</sup>于是,在法国,“非常损失”被限定在一定领域,1804年法国民法典也是在特定领域明确规定它。但德国仍对中世纪的传统保持了异常的忠诚,到1900年法典编纂,非常损失规则的中世纪扩张被坚持为一般法(das gemeine recht)制定的一部分。对古典罗马法的科学研究所取得的巨大进步,没有被用来破毁从后注释法学家继受来的学说,反而使习惯法的地位更为稳固。在理论上,基于非常损失的撤销可以适用于旨在等价交换的所有合同,即使在实践上,估算的困难通常导致法院拒绝对货物买卖提供救济,但在理论上,如同土地买卖一样货物买卖也被认为可以因非常损失受到攻击。无疑,救济也可以如同赋予出卖人一样赋予买受人。但有一个例外,出于便利的考虑,买受人在司法买卖的情形不享有救济。<sup>28</sup>中世纪法学家对非常损失的详细阐述在德国成功保持到了19世纪后期,但它导致的大量诉讼和理论混乱,使它最后被宣称为不适于继续存在,并被德国民法典排除在其规定之外。历史呈现给我们的就是一个如此反复的过程:非常损失规则盛行于中世纪和近代早期之后,法国和德国在法典编纂时坚持了经济自由主义,大部分的合同都适用主观价值论了,该规则仍保留在一定的范围之内;而在晚近的发展中,因为形式正义论在某些范围内向实质正义论回归,非常损失规则的重要性又得到了凸显。

### 三、有偿合同与无偿合同之区分在现代面临的问题

有偿合同和无偿合同的区分标准虽然经历了不小的反复与变迁,它们区分的法律后果却几

乎没有发生什么改变。

在个人主义、经济自由竞争的时代，有偿合同中的交换不再需要客观上的等价，但是，无论此等交换事实上是否等价，交易主体所承担的却是同等的担保义务。在有偿合同与等价交换紧密相连时，其法律后果分配中给付人担保义务的负担显然容易理解，因为在此等交易中交易双方交换的是等价财产，所以双方利益的多少并不因此而变更，而使给付人承担物品担保义务，目的在于避免因交换发生位移的物品存在瑕疵而致害受领人，从而打破本来交换的平衡。但在主观价值论下，如果交换并非客观等价，如上同等担保义务的负担就不那么容易理解。因为于此情形，给付人所负担的等价交换情形下的相同义务，是建立在当事人双方的交换本来就不平衡的前提下的，此等义务的负担无疑会加剧交易双方的不平衡状态！如果有人辩称这是当事人自愿选择的结果，那么就是有意或无意地未考虑到当事人所自愿同意的是交换本身，而不是对随后带来的此等法律后果的事实，此种法律后果是因制定法的恶法规定而固有的，而不是当事人自愿选择的。所以，我们必须考虑：同样一项交易，无论是否等价交换，当事人都要承担相同的担保义务，其正当性何在？

适用的价值论发生了变化，但其法律后果没有发生改变的另一方面，体现在合同的成立形式上。无论适用客观价值论还是适用主观价值论，有偿合同的成立基本上都是不要式的，无偿合同都被提供了家长的关怀——它们要么是要式的要么是要物的。因为正如我们看到的，在无偿合同中，无论适用哪种价值论，给付行为无所得都是无所得，所以法律的逻辑即是要对无所得的给付方提供一项使之谨慎行为的警醒措施。可惜这只是立法者虚幻的事实，因为既然合同无偿与有偿的区分适用了主观价值论，则站在法律所持的人性恶的立场上，如果交易主体一方在有偿的情形得到的是“大象”，无偿情形为零，此交易主体在后一种情景中肯定会更为谨慎，不需要家长制的立法；显然，将“大象”与无所得相比，他知道他所将得到的何种利益更大。如果他在有偿的情形得到的是“胡椒籽”，无偿情形为零，那么将一个无限接近于零的东西与零相比，很难说他在何种情形会更为谨慎或更为不谨慎，于是只对后一种情景提供预警就十分片面。当然，前述所有推论的隐含前提是，在认识论上持主体强而智的立场。如果主体是弱而愚的，毫无疑问，二者都需要得到保护。问题是，立法者的前述逻辑是把有偿情形中的交易主体看作强而智的，把无偿情形中的交易主体看作弱而愚的，明显带有客观价值论的痕迹。

在客观价值论下，法律规定在有偿情形交易主体必须得到同等回报，因为，立法者推定交易主体为寻得回报而行为，肯定会在自利的刺激下积极地追求利益的最大化，但在此等追求过程中，肯定存在强势的一方弱势的一方，所以要强制性地规定此等自利行为不能违反等价交换，对其中强而智的交易主体实施限制；在无偿情形给予一方没有得到回报，在仅关注交易物的视角下，很难说他是自利的，所以法律推定他实施的是利他行为，既然无偿情形下给予一方实施的是利他行为，法律出于对利他行为有助于社会团结的关心和他可能实施的是弱而愚的鲁莽行为的担心，给予他以优待。只不过在有偿情形，此等干预是消极的，在无偿情形，此等干预是积极的；前者是事后的，后者是事前的。立法者对它们采取不同的态度，是因为前者的交换在相对的意义上不会打破社会财富的均衡状态，立法者难插其手，而在后者之情形，立法者利用了无偿交易中给予一方的慷慨，通过他的手直接地改善了受惠方的经济状况，间接地增进了社会的福利。

但在主观价值论的情形，有偿交易是自利的推定要大打折扣，因为交易主体一方可能得到的是胡椒籽，很难说在得到胡椒籽的情形与回报是零的情形之间有多么大的区别，所以，二者必须统一起来。在前述情形，如果交易主体都是弱而愚的，就必须都被提供保护。但如果此等推论为真，就必须明确在有偿交易中存在得到大象就是强而智、得到胡椒籽就是弱而愚这两种

不同的推定。那么，既然存在这样两种不同推定，仍完全推定有偿交易是强而智的，就忽视了在得到胡椒籽的有偿情形同样需要对其中一方交易主体提供保护的事实。所以说，主观价值论下的合同成立形式与客观价值论下的合同成立形式没有根本区别，使我们面临了人性论假定的相互矛盾。

#### 四、经济人类学的新视角并代结语

以上都是以传统的视角进行的分析，主观价值论所带来的问题在该视角的体系之内，看来不容易解决。那么，我们看经济人类学的研究对我们走出困境是否有帮助。

在经济人类学的研究中，马塞尔·莫斯对礼物的研究有着深远的影响，其基本观点有二：其一，赠与不是免费的午餐，没有任何一种赠与是自由给予或接受的。赠与人实施赠与不是出于利他而是出于社会义务的考虑。每份赠与都强使受赠人做出等值或更大价值的回赠。其二，尽管赠与可能是古代经济在一定发展阶段的必要方面，赠与交易仍不能被归纳为仅具有简单的经济功能。赠与还起着在参与交易的家庭部落和成员之间诸如建立关系和相对地位、声望的功能。<sup>29</sup>

既然无偿的情形，给予人也可以被推定是为自利的，那么，完全可以将所有的人类行为推定为自利的，如此就解决了人性论假定发生矛盾的问题，从而须解决的就只剩下主观价值论下的有偿交易领域得到胡椒籽、大象与等价交换的区别问题。笔者认为，此问题完全可以通过采纳如下两元制的方法解决：在对合同没有发生疑问时，实行主观价值论，尊重当事人的自主选择；在发生问题后，由当事人举证是否存在欺诈，如果存在欺诈则适用欺诈的法律后果，而对是否存在欺诈的判断，显然我们会回到中世纪的判断标准——客观价值论。

注：

<sup>1</sup>Charles J. Goetz, Robert E. Scott, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, Yale Law Journal, Vol. 89, No. 7, June, 1980, p. 1261.

<sup>2</sup>张民安等主编：《合同法》，中山大学出版社 2003 年版，第 9—11 页。

<sup>3</sup>王利明、崔建远著：《合同法新论·总则》，中国政法大学出版社 2000 年修订版，第 36 页。

<sup>4</sup>李浩培等译：《法国民法典》，商务印书馆 1979 年第 1 版，第 148 页。

<sup>5</sup>M. Pothier, Treatise on the Law of Obligations or Contracts, 2 v. Philadelphia: Robert H. Small, 1826, p. 8.

<sup>6</sup>徐国栋主编，孙建江等译：《魁北克民法典》，中国人民大学出版社 2005 年版，第 176 页。

<sup>7</sup>陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2006 年版，第 47 页。

<sup>8, 9, 10</sup> [意] 桑德罗·斯契巴尼选编：《契约之债与准契约之债》，丁玫译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 49 页、第 51 页、第 51 页。

<sup>11, 15, 16</sup> 徐国栋：《公平与价格——价值理论》，《中国社会科学》1993 年第 6 期。

<sup>12</sup>陈卫佐译注：《德国民法典》，法律出版社 2006 年版，第 49 页。

<sup>13, 14, 24, 25, 26, 27, 28</sup> John P. Dawson, Economic Duress and Fair Exchange in French and German Law, 11 Tul. L. Rev. 364, April, 1937, p. 364, p. 365, p. 365, p. 366, p. 366, p. 367, p. 368.

<sup>17, 19, 21</sup> James Gordley, Equality in Exchange, California Law Review, Vol. 69, December, 1981, p. 1588, p. 1589, p. 1552.

<sup>18, 22, 23</sup> [美] 詹姆斯·戈德雷著：《现代合同理论的哲学起源》，张家勇译，法律出版社 2006 年版，第 83 页、第 84 页、第 119 页。

<sup>20</sup> [古希腊] 亚里士多德著：《尼各马可伦理学》，廖申白译注，商务印书馆 2003 年版，第 97 页。

<sup>29</sup> 参见 [法] 马塞尔·莫斯著：《礼物》，汲喆译，上海人民出版社 2002 年版。

（责任编辑：陈历幸）